
PERSONA Y DERECHO

REVISTA DE FUNDAMENTACIÓN DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS Y DE DERECHOS HUMANOS
2012** / NÚMERO 67 (JULIO-DICIEMBRE)

Mary Ann GLENDON

La soportable levedad de la dignidad

253-262

[The bearable lightness of dignity]

Emilia BEA

La narración femenina de la guerra y el despertar de la conciencia pacifista

263-290

[Feminine narration of war and the awakening of pacifist conscience]

Francesco BIONDO

El sueño roto de la ciudadanía europea y el lado oscuro de la gobernanza

291-314

[The broken dream of the European citizenship and the dark side of governance]

Francisco CARPINTERO

¿Pueden las teorías sobre la justicia sustituir a la doctrina de la ley natural?

315-352

[Can the theories of justice replace the doctrine of natural law?]

Carlos I. MASSINI-CORREAS

Entre reduccionismo y analogía. Sobre el punto de partida de la filosofía del derecho

353-385

[Between Reductionism and Analogy. On the Starting Point of Philosophy of Law]

Luis ORTIZ SÁNCHEZ

Revolución e intervención en Libia. Una interpretación desde la teoría de la guerra justa

387-410

[Revolution and intervention in Libya. And interpretation from the perspective of the just war theory]

Juan B. ETCHEVERRY

El ocaso del positivismo jurídico incluyente

411-447

[The decline of Inclusive Legal Positivism]

RECENSIONES

NEGRO PAVÓN, Dalmacio, *El Mito del Hombre Nuevo* / [Carolina Pereira] / 517 // CIANCARDI, Juan *et. al.*, *Razón jurídica moral. Estudios sobre la valoración ética en el Derecho* / [Luciano Damián Laise] / 522 // ETCHEVERRY, J. B. / SERNA, P. (eds.), *El caballo de Troya del positivismo jurídico. Estudios críticos sobre el Inclusive Legal Positivism* / [Aitor Rodríguez Salaverría] / 528 // DE PRADA, Aurelio, *Individuos y reyes. Una síntesis entre confucianismo y derechos humanos* / [José Antonio Santos] / 533 // AA.VV., *Virtue Jurisprudence* / [Carlos I. Massini-Correas] / 537 //

Normas para envío de originales

543

Entre reduccionismo y analogía

Sobre el punto de partida de la filosofía del derecho

Between Reductionism and Analogy
On the Starting Point of Philosophy of Law

RECIBIDO: 2012-08-08 / ACEPTADO: 2012-11-02

Carlos I. MASSINI-CORREAS

Universidad de Mendoza-Argentina
carlos.massini@um.edu.ar

Resumen: El autor desarrolla algunas ideas sobre el punto de partida epistémico de la filosofía del derecho, con especial referencia a la experiencia jurídica, al análisis del lenguaje del derecho y al carácter analógico de sus conceptos centrales. Además, critica fuertemente las concepciones reduccionistas de la filosofía del derecho.

Palabras clave: filosofía del derecho, experiencia, reduccionismo, analogía, lenguaje, tradición.

Abstract: The author develops some ideas on the starting point of Philosophy of Law, with reference to the juridical experience, the analysis of language in law, and the analogic character of the main notions of this subject. After that, the author makes a strong criticism about the reductionist proposals in Philosophy of Law.

Key words: philosophy of law, experience, reductionism, analogy, language, tradition.

Sumario: 1. Precisiones preliminares sobre la filosofía del derecho. 2. La experiencia pre-filosófica como punto de partida. 3. Sobre experiencia jurídica, lenguaje y dialéctica. 4. Las notas de la experiencia jurídica. 5. La unidad de la experiencia jurídica en la versión clásica. 6. El reduccionismo moderno. 7. El reduccionismo en el derecho. 8. Experiencia, tradición y hermenéutica. 9. Resultados principales.

1. PRECISIONES PRELIMINARES SOBRE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Antes de comenzar un estudio de síntesis de filosofía del derecho, conviene establecer una noción preliminar y preparatoria de la materia que se va a abordar, al menos a los efectos de dejar en claro de qué cosa y desde qué perspectiva se va a hablar en lo que sigue. A esos efectos, resulta oportuno remitirse a una encuesta realizada en 1962 por la prestigiosa revista *Archives de Philosophie du Droit*, en tiempos en que era conducida por Michel

Villey¹, un relevante promotor y difusor de la filosofía del derecho en Francia. En esa encuesta, dirigida a varios de los más destacados iusfilósofos europeo-continenciales², se los interrogaba –entre otros puntos– acerca de si existe una filosofía del derecho y, en caso afirmativo, sobre cuál es su objeto, sus temas fundamentales y su método, así como acerca de las relaciones de esa disciplina con las restantes ramas de la filosofía, con la ciencia jurídica, la experiencia del derecho y la historia de las doctrinas jurídicas³.

Varias de las respuestas a ese cuestionario revisten especial interés y algunas resultan claramente sorprendentes, como –por ejemplo– la ofrecida por Hans Kelsen, para quien “la filosofía del derecho busca responder a la cuestión de saber qué reglas el derecho *debe* adoptar o establecer; en otros términos, su objeto específico es el problema de la *justicia*. Aceptando que la justicia es un postulado de la moral, la filosofía del derecho constituye una rama de la filosofía moral o ética. Su método es el mismo de esta disciplina”⁴. Pero además de esta llamativa afirmación de un positivista indubitado como Kelsen, la respuesta realizada a la encuesta por el filósofo franco-polaco Georges Kalinowski reviste una especial importancia por su amplitud y precisión, por lo que conviene referirse a ella en esta presentación preliminar de la filosofía del derecho.

En esta respuesta, Kalinowski sostiene, en primer lugar, que “voy a caracterizar a la filosofía del derecho concibiéndola como una parte integrante de la filosofía, cuyo objeto es el ente dado en la experiencia sensible y cuyo propósito es su explicación por las causas últimas (...). Ahora bien, la filosofía del derecho persigue en su sector propio el objetivo general de la filosofía de la cual es parte: investiga las causas últimas del derecho positivo humano”⁵. Esto significa claramente que la filosofía del derecho no es propiamente un saber

¹ Sobre la personalidad científica y la obra de este autor, véase el muy completo libro de Rabbi-Baldi, R., *La filosofía jurídica de Michel Villey*, Pamplona, EUNSA, 1990, *passim*.

² Resulta extraña para una perspectiva actual la total ausencia de filósofos del derecho anglosajones y la inclusión de un argentino como Carlos Cossio; conviene recordar que en ese año Herbert Hart era catedrático en la Universidad de Oxford y acababa de publicar *The Concept of Law*, y Lon Fuller profesaba en la de Yale. Probablemente ello se deba a que en esos momentos todavía no se había afianzado el actual predominio cultural de los países anglosajones, en especial de los Estados Unidos.

³ *Archives de Philosophie du Droit* (en adelante APD), n° 7, Sirey, Paris, 1962, pp. 83 ss.

⁴ APD, n° 7, p. 131. Cabe destacar que Kelsen contrapone aquí la filosofía con la Teoría General del Derecho, que tiene por objeto “el derecho *tal como es de hecho* (...), es decir, el derecho *positivo*”.

⁵ APD, n° 7, p. 127-129.

jurídico, sino filosófico, que procura alcanzar una explicación de la realidad jurídica –del “derecho”– en términos de sus principios más radicales. Por ello, el término “filosofía del derecho” le parece “el mejor elegido para designar a aquella parte de la filosofía que tiene por objeto del derecho”⁶.

En segundo lugar, el filósofo polaco afirma que, dentro de las divisiones de la filosofía, la filosofía del derecho se ubica en el ámbito de la *filosofía del hombre*, y a su vez, “dentro de la filosofía del hombre, se sitúa no en el estudio de la naturaleza del hombre, sino en el de su acción, concebida a su vez en tanto que acción moral...”. Por su parte, “la filosofía de la acción moral (filosofía moral o ética) se interroga sobre la causa eficiente de la acción moral (el agente moral) y sobre su causa final (fin moral), sobre los elementos constitutivos de la acción moral y sobre su valor, así como sobre los factores que la determinan, que son: la regla exterior (ley moral), la virtud o el vicio (disposición moral) y la regla interior (conciencia moral). La filosofía del derecho –concluye– no es otra cosa que el tratado de la ley de la filosofía moral”⁷. Esto significa claramente que está en el ámbito de la *filosofía práctica*, es decir, en el del estudio radical-fundamental de la acción humana en *cuanto* ella se ordena al bien o la perfección propia del hombre⁸.

Finalmente, escribe Kalinowski, acerca de la cuestión de la metodología de la filosofía del derecho, que “la experiencia práctica del derecho tiene un papel fundamental. En efecto, si la filosofía del derecho está llamada a explicar la existencia y la esencia del derecho humano, ella necesita de antemano y previamente una experiencia práctica”⁹. Esto en razón de que sin un apoyo primario en el conocimiento experimental-práctico del derecho, difícilmente se pueda acceder a sus contenidos y dimensiones principales.

Sobre esta misma cuestión de la experiencia como punto de partida de la filosofía del derecho, el iusfilósofo español Luis Legaz y Lacambra sostiene en su propia respuesta al mencionado cuestionario que las convenciones acerca del uso de “derecho”, “tiene[n] un *fundamentum in re*, dado que la humanidad ha aplicado en todos los tiempos y en diferentes países el término “derecho”

⁶ APD, n° 7, p. 128.

⁷ APD, n° 7, pp. 129-130. En este punto, véase del mismo autor: KALINOWSKI, G., *Initiation à la philosophie morale*, Société d'Éditions Internationales, Paris, 1966, pp. 130 ss.

⁸ Sobre el tema de la filosofía práctica, véase: SOAJE RAMOS, G., “Filosofía práctica, razón práctica y teleología”, en *Ethos*, n° 23/25 (Buenos Aires, 1995-97), pp. 245 ss.

⁹ APD, n° 7, p. 130.

o su equivalente lingüístico al mismo sector de la realidad humana; y por otra parte, a pesar de que el significado de “derecho” y de sus equivalentes *no es unívoco*, una convención científica moderna ha elegido sólo un aspecto de la complejidad problemática del “derecho”, reservándole la condición de objeto del conocimiento “científico”, a saber, el sentido de “derecho” como norma impuesta por el poder social y político. Pero, ¿qué hacer entonces –concluye– con los otros aspectos de la realidad jurídica, con los otros sentidos del nombre “derecho” –el derecho como lo recto (...) y como lo *justum*, el derecho como facultad (derecho subjetivo)–, etc.?”¹⁰.

En un sentido similar, el director de la revista reivindica también el cometido central de la experiencia práctica de lo jurídico para el desarrollo de las indagaciones de la filosofía del derecho, impugnando la concepción estrecha y desfigurada que tiene de ella el positivismo jurídico al reducirla sólo al “conjunto de leyes y de textos positivos escritos”. En definitiva, para Villey, “jamás ha existido algún auténtico filósofo del derecho que no reconozca a la experiencia inmediata del derecho como materia de sus investigaciones”¹¹, dejando de lado –al menos provisoriamente– los prejuicios a los que la opinión de los juristas se encuentra provisoriamente vinculada. Y sobre esta opinión ocasional y efímera de los juristas y filósofos, sostiene que es necesario “hacer tabla rasa de la doctrina del progreso, sobre la cual se asienta actualmente la autoridad de muchos profesores de filosofía, aunque puede probarse fácilmente que, en el nivel de la investigación, ella no tiene ninguna razón de ser. Me atrevo a poner en duda –concluye– que el último libro aparecido, publicado por el presidente del jurado de oposiciones, sobrepase los de Platón y Aristóteles, e inclusive difiera en algo de ellos”¹².

De las opiniones de estos destacados pensadores, es posible extraer, para el propósito de presentar provisoriamente el ámbito y la perspectiva de estudio de la filosofía del derecho, algunas conclusiones preliminares. La *primera* de ellas consiste en la adscripción de esos estudios al *campo de la filosofía* y no al de los estudios propiamente jurídicos. La realidad del derecho juega aquí el papel de materia u objeto de los estudios filosófico-jurídicos, pero la forma de aproximación o perspectiva de conceptualización y explicación es la propia

¹⁰ APD, n° 7, p. 132 (énfasis añadido).

¹¹ APD, n° 7, p. 163.

¹² *Ibidem*.

de la filosofía, que consiste en el análisis, elucidación y justificación racional de ese sector de la realidad –el jurídico– en términos de fundamentos o raíces conceptuales. En otras palabras, de principios primeros y definitivos.

La *segunda* de estas conclusiones radica en la afirmación de que –en el caso de la filosofía del derecho– se está ante un caso evidente de *filosofía práctica*, aquel sector del pensamiento filosófico que indaga las razones últimas de la acción o conducta humana y de su ordenación o dirección hacia el bien-perfección del hombre. La filosofía práctica es filosofía por la radicalidad de sus explicaciones, y es a la vez práctica porque esas explicaciones no se dirigen sólo a saber cómo son las cosas humanas, sino a ordenarlas y dirigir las –aunque “desde lejos”– al logro de la perfección humana. Dentro de su ámbito, existen diversas filosofías prácticas, según cuál sea el campo de la praxis que sea el objeto de sus indagaciones: la conducta personal, la política, la economía, y finalmente, el derecho.

En *tercer* lugar, la filosofía del derecho tiene su *punto de partida en la experiencia* del fenómeno jurídico, es decir, en la captación directa e inmediata de los datos del conjunto de realidades sociales que normalmente se denominan como “derecho” o se las califica de “jurídicas”. Además, esta experiencia pone de relieve el carácter múltiple, diferenciado y complejo del fenómeno jurídico, así como la necesidad de que la explicación filosófica abarque la totalidad del fenómeno, sin excluir ningún aspecto y sin reducir la explicación a uno sólo de ellos, privilegiado de modo más o menos arbitrario. Esta experiencia compleja, social y práctica funciona entonces como fuente de contenidos y criterio último de corrección de todos los desarrollos ulteriores de la filosofía del derecho.

Finalmente, cabe destacar, a los efectos de clarificar la perspectiva desde la que se desarrollarán las siguientes argumentaciones, la afirmación reiterada de Michel Villey acerca de la inanidad de la idea –en rigor, la ideología– del progreso necesario e indefinido y de la consiguiente necesidad del recurso a la historia y a las tradiciones de pensamiento e investigación que hacen posible el desarrollo del pensamiento humano, también en el ámbito del derecho. En este sentido, la negación del carácter necesario y lineal del progreso en los conocimientos, y de la consiguiente reducción de las ideas valiosas a las más recientes, posibilita un recurso mucho más amplio y rico a dimensiones y modalidades de pensamiento y a tradiciones de investigación diversas en el tiempo, pero que atesoran un valor epistémico relevante, siempre presente e invariablemente contemporáneo.

En este mismo punto, Pedro Serna ha recalcado que “el pensamiento filosófico no se ejerce en el vacío. La filosofía presupone necesariamente la historia de la filosofía. El pensar humano se construye desde la tradición, porque los problemas a los que ha de enfrentarse son heredados, como lo son los conceptos y el instrumental teórico y epistemológico disponible para el investigador, al menos en el momento inicial de su tarea”¹³. Y más adelante concluye que “sólo puede hacerse filosofía del derecho a partir de las ideas recibidas sobre él y, por supuesto, de las ideas más generales recibidas acerca de la realidad (...). Pero ello sólo es posible partiendo de lo transmitido por una tradición de pensamiento”¹⁴. Esto significa, ni más ni menos, que para iniciar de modo razonable el estudio de la filosofía del derecho, la experiencia jurídica de la que se ha de partir debe ser suplementada e integrada con la aportación de la historia del pensamiento jurídico y de la historia del derecho, que hacen posible ampliar –en siglos y en autores– el ámbito de la experiencia acerca del derecho.

2. LA EXPERIENCIA PRE-FILOSÓFICA COMO PUNTO DE PARTIDA

Tal como se ha visto precedentemente, es un dato indiscutible que resulta necesario, antes de iniciar el estudio de la filosofía del derecho, así como de cualquier otro estudio filosófico de alguno de los ámbitos de la praxis humana, tener un cierto conocimiento –que se puede denominar “experiencial”– de la realidad correspondiente a ese ámbito. En este sentido, ha escrito Antonio Millán Puelles refiriéndose puntualmente a la ética, que “todo pensar filosófico es una operación mental refleja, de segundo nivel, no por tener como su asunto o tema, en todas las ocasiones, a otra operación mental, sino por ser imposible sin el previo ejercicio de alguna actividad cognoscitiva de carácter no-filosófico y, por ello, pre-reflexiva o espontánea (...). La moral filosófica no puede estar sustraída a este esencial requisito. Es, necesariamente, una moral refleja o de segundo nivel: vale decir, presupone, por ser moral filosófica, algún conocimiento ético espontáneo, pre-reflexivo (formalmente inmediato en la acepción ya indicada)”¹⁵. Dicho en otras palabras, antes de comenzar la

¹³ SERNA, P., *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos*, Porrúa, México, 2006, p. 1.

¹⁴ *Ibid.*, p. 2.

¹⁵ MILLÁN-PUELLES, A., *La libre afirmación de nuestro ser*, Rialp, Madrid, 1994, pp. 73-74. Cfr. ABBÀ, G., *Costituzione epistemica della filosofia morale*, LAS, Roma, 2009, pp. 9-151.

indagación filosófica de un ámbito de la praxis, o de cualquier otro orden de la realidad, es preciso tener alguna experiencia del fenómeno que se estudia: derecho, economía, política, ética personal, etc. Este conocimiento experiencial se convierte, entonces, en el punto de partida de la indagación filosófica de que se trate.

Ahora bien, este tema del punto de partida u origen genético o raíz inicial de los conocimientos que integran la filosofía del derecho, y en general la filosofía práctica, resulta de especial interés en razón principalmente de que las diferentes opciones que se adopten en esa cuestión determinan en gran medida los resultados de toda la indagación filosófica en cuestión. En el presente caso, se asumirá que el conocimiento experiencial –o la experiencia– es el que proporciona los datos primarios a partir de los cuales se inicia la tarea de la filosofía, en especial de la filosofía jurídica¹⁶. Y esto en razón principalmente de que la opción alternativa: la afirmación de que la elaboración de la filosofía del derecho tiene su origen en ideas innatas¹⁷ reviste tres inconvenientes primordiales: (i) que ella resulta claramente contraintuitiva, ya que se opone a los resultados más obvios del sentido común¹⁸; (ii) que sin un recurso a la experiencia de un fenómeno dado como referente originario, resulta radicalmente imposible estimar noéticamente el valor –la corrección o incorrección– de los conocimientos práctico-normativos que se alcancen en definitiva¹⁹; y (iii) que la gran mayoría de los filósofos del derecho, pretéritos o contemporáneos, dan comienzo a sus indagaciones, explícita o implícitamente, dando por supuesta un cierta captación experiencial de la realidad a estudiar, aún cuando no la tematicen expresamente.

¹⁶ Esto implica asimismo la asunción de un supuesto antiescéptico: “El entendimiento, tanto en su función especulativa como en su función práctica, puede llegar al conocimiento de la verdad –especulativa y práctica– porque como facultad posee los atributos suficientes para alcanzarla si ejecuta adecuadamente la función que le es propia”; MAURI, M., *El conocimiento moral*, Rialp, Madrid, 2005, p. 102.

¹⁷ Cfr. SOAJE RAMOS, G., *El concepto de derecho-I*, Instituto de Filosofía Práctica, Buenos Aires, 1977, p. 1.

¹⁸ Sobre la noción de *sentido común*, véase: LIVI, A., *Crítica del sentido común*, trad. T. Melendo, Rialp, Madrid, 1995, pp. 21-53.

¹⁹ Ha escrito en este sentido Giuseppe Abbà, que “la experiencia moral es, a su vez, normativa para la verdad de la filosofía moral: una filosofía moral es verdadera, válida, lograda, en la medida en que alcanza a dar razón de todos los aspectos de la experiencia moral, sin deformar ni dejar de lado a ninguno. El criterio de verificación para la filosofía moral es, por lo tanto, *su adecuación a la experiencia moral*”: *Quale impostazione per la filosofia morale?*, LAS, Roma, 1996, p. 23.

Desde esta perspectiva, para alcanzar un conocimiento en definitiva filosófico de lo que puede denominarse el “fenómeno jurídico”, es decir, de la realidad jurídica tal como ella aparece a la experiencia humana, es necesario tener como sustrato originario una captación directa y pre-filosófica de toda la complejidad de elementos y perspectivas que en el lenguaje habitual se denominan “jurídicas”, o “justas”, o “derecho”, o “legales”. Este conjunto complejo y heterogéneo de realidades, que puede denominarse genéricamente el “fenómeno jurídico”²⁰, es el que se pretende sea objeto de una explicación y justificación racional –con la mayor radicalidad posible– en sede filosófico-jurídica. Dicho en otras palabras, es el contenido o la materia que necesita ser explicada raigalmente en un estudio filosófico sobre el derecho.

Por otra parte, corresponde precisar que puede denominarse “fenómeno”, en el sentido de objeto de una experiencia posible, ya sea a un hecho o estado de cosas singular, o bien a un conjunto de hechos o estados de cosas vinculados entre sí de tal modo que generalmente se los considera conjuntamente como integrando un único “fenómeno”. Este es claramente el caso de la mayoría de las realidades humano-prácticas y en especial del derecho; todas ellas son realidades complejas que, en virtud de sus múltiples relaciones y similitudes, se denominan usualmente como una realidad unitaria. Y en rigor, al menos en cierto sentido son una unidad, aunque sobre este tema se hablará *in extenso* más adelante.

Explicitando de un modo más preciso los conceptos que se han mencionado hasta ahora, corresponde decir que se puede entender por “experiencia”, tal como lo desarrolla Sergio Rábade, “la adquisición de un cierto conocimiento en virtud de la presencia inmediata ante nuestro espíritu de un dato [concreto] o de una realidad que no se identifica con el espíritu mismo”²¹. Para ese autor, las notas centrales del concepto de experiencia son tres: (i) se trata de una adquisición

²⁰ La locución “fenómeno” y sus derivados son claramente polisémicos; en este sentido, en el *Diccionario de Filosofía* de José Ferrater Mora se distinguen hasta seis acepciones de esa palabra; en el presente contexto ella se utilizará en el sentido propuesto por Herbert Spiegelberg y recogido en aquella obra: “Fenómeno es todo lo dado a nosotros directamente, sin inferencias mediadoras, y tal como es dado”, y que como tal es el objeto de toda experiencia posible. FERRATER MORA, J., *Diccionario de Filosofía*, T. 2, Alianza, Madrid, 1979, pp. 1146-47. Este es, por otra parte, el sentido antiguo de la palabra, que indicaba el dato o conjunto de datos captados por la experiencia que resultaba necesario interpretar y explicar. LIVI, A., “La terminologia dei libri di filosofia antica e medioevale”, en *Cultura & Libri*, n° 84 (Roma, 1993), p. 81.

²¹ RÁBADE, S., *Teoría del Conocimiento*, Madrid, Akal, 1995, p. 47.

o *recepción* de conocimiento; (ii) esa recepción es de carácter *inmediato* o directo, o al menos con una mediación mínima entre el dato y el sujeto de experiencia; y (iii) se trata de la recepción inmediata de datos *concretos*, máximamente determinados, es decir, no hay propiamente experiencia de conceptos universales²². Este autor resume estas notas en una definición sintética: “*experiencia cognoscitiva es el conocimiento, con la mayor immediatez, de algo concreto dado*”²³.

De lo expuesto se sigue que, desde la perspectiva adoptada, los conceptos de *fenómeno* y de *experiencia*, son claramente recíprocos o vinculados constitutivamente el uno al otro. En efecto, “fenómeno” puede ser conceptualizado –al menos provisoriamente– como el objeto de una “experiencia” posible, y a su vez, la “experiencia” aparece como el modo directo de conocimiento de un “fenómeno”²⁴. Por ello, en lo sucesivo se utilizará la expresión “experiencia” no sólo para denominar al conocimiento experiencial, sino también para designar traslaticiamente al ámbito de fenómenos que es objeto de ese conocimiento. Por otra parte, es conveniente precisar también que si bien el conocimiento experiencial tiene generalmente una dimensión sensible –de percepción sensorial de lo concreto– la experiencia debe incluir dimensiones intelectuales, ya que de lo contrario no estaríamos en presencia de una experiencia propiamente *humana*²⁵.

Esto último remite a la cuestión –planteada muchas veces por numerosos filósofos– de si es posible acceder a un conocimiento experiencial sin el recurso a ciertos principios noéticos, que han de revestir necesariamente una índole intelectual o racional. En este punto, hay que decir, como lo sostiene Millán Puelles, que “la experiencia moral (...) aporta a la ética filosófica, además de la materia sobre la cual ésta reflexiona, también los primeros principios con que opera en todas sus argumentaciones y sobre los cuales los fundamenta y construye”²⁶. Dicho en otras palabras, la captación de la experiencia no sólo necesita de ciertos principios que la estructuren y la constituyan, sino que esos mismos principios necesitan a su vez de la experiencia para ser aprehendidos.

²² *Ibid.*, pp. 48-55.

²³ *Ibid.*, p. 55 (cursivas en el original).

²⁴ Sobre la polisemia de “fenómeno”, véase: FERRATER MORA, J., *Diccionario de Filosofía*, T. 2, Alianza, Madrid, 1979, pp. 1145-1153.

²⁵ Cfr. SOAJE RAMOS, G., “Notas sobre la experiencia en la doctrina del Aquinate”, en *Ethos*, n° 19/20 (Buenos Aires, 1991-92), p. 61.

²⁶ MILLÁN-PUELLES, A., *La libre afirmación...*, cit., p. 109.

Esto fue desarrollado detalladamente por el pensamiento clásico, en especial en su impostación clásico-cristiana, a través de la doctrina de la *syndéresis*, que defendía la existencia en el entendimiento práctico de una disposición (*habitus*) *cuasi*-innata, por la cual se captaban intuitivamente –pero con el previo aporte de la experiencia– los principios primeros del conocimiento práctico. “La experiencia –escribe en este punto Margarita Mauri– se relaciona con el conocimiento moral de una doble forma. *In media res* se descubren los principios de la *syndéresis*, se intuyen los principios de la *syndéresis*, conociendo, viviendo, en relación abierta con la realidad. Los primeros principios no nacen *de* la experiencia, aunque tampoco son innatos, es decir, conocidos *ante-experientiam*; los primeros principios aparecen o se hacen evidentes *con* la experiencia”²⁷.

Es decir, que existe en el entendimiento humano, en su dimensión práctica, una cierta estructura o disposición que lo habilita a captar los principios prácticos primeros en cuanto ese entendimiento entra en contacto con la experiencia práctico-moral, experiencia que a su vez resulta conformada a partir de esos mismos principios. Esta cuestión de los principios –en especial el primero– del conocimiento práctico, su evidencia y la estructura que los hace posibles, ha sido objeto de arduos debates en la filosofía práctica de todas las épocas, en especial en la contemporánea²⁸, y sobre ello se volverá a argumentar en los capítulos que siguen.

3. SOBRE EXPERIENCIA JURÍDICA, LENGUAJE Y DIALÉCTICA

Ahora bien, si se aplican estas afirmaciones al ámbito de la realidad y el conocimiento jurídicos, es necesario ante todo llevar a cabo una precisión y una delimitación, aunque sea somera, de lo que ha de entenderse en lo sucesivo por “fenómeno jurídico” o bien por “datos jurídicos” o “realidad jurídica”. Y en este punto es posible seguir el ejemplo de Aristóteles quien, para determinar el ámbito de estudio de un cierto tipo de praxis, recurría generalmente

²⁷ MAURI, M., *El conocimiento...*, *op. cit.*, p. 111.

²⁸ Entre muchos autores, corresponde citar a los siguientes: KALINOWSKI, G., *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, trad. E. Marí, EUDEBA, Buenos Aires, 1979, pp. Véase también: FINNIS, J., “Practical Reason’s Foundations”, en *Collected Essays, vol. I, Reason in Action*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 19-40.

al lenguaje corriente, verificando a qué conjunto de realidades se aplicaban los términos pertinentes y muy especialmente sus contrarios²⁹. Esto último en razón de haber verificado que la gente se refería con más precisión y énfasis a las dimensiones negativas de una realidad que a las que presentaban una dimensión axióticamente positiva. De este modo, el filósofo de Estagira comienza su tratamiento de la filosofía del derecho en el libro V de la *Ética Nicomaquea*, remitiéndose a lo “que todos están de acuerdo en llamar justicia”, es decir al uso común de las palabras, recordando luego que “muchas veces se conoce una disposición por su contraria”, ejemplificándolo con la posibilidad de conocer mejor aquello que es justo a partir de lo que aparece claramente como injusto³⁰.

De acuerdo con lo anterior, resultará pertinente comenzar la indagación del fenómeno jurídico y de la experiencia que lo tiene por objeto –ya en el capítulo que sigue– a partir de una captación y un estudio semántico del lenguaje del derecho, es decir, de las palabras y frases que utilizan habitualmente los operadores del derecho y los seres humanos corrientes cuando se ven comprometidos en alguna situación jurídica. Y este abordaje resulta adecuado toda vez que –tal como se ha desarrollado en otro lado– en los significados de ciertas palabras se encuentra como sedimentada o condensada una experiencia humana a escala colectiva acerca de lo que esas palabras designan, experiencia ratificada reiteradamente en el curso de la historia³¹.

Por lo tanto, esta experiencia expresada en el lenguaje ordinario aparece como el mejor punto de inicio posible en la tarea de determinar filosóficamente la noción de derecho, explicar sus alcances y justificar racionalmente sus exigencias. Y esto es así, en primer lugar porque el derecho –considerado globalmente, como “fenómeno jurídico”– es una realidad humano-social que, como todas las realidades de esa índole, tiene un lugar privilegiado en esa

²⁹ En este punto, véase: BROADIE, S., *Ethics with Aristotle*, Oxford University Press, New York-Oxford, 1991, p. 22.

³⁰ ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea* (en adelante EN) V, 1, 1129 a 1 ss. Más atrás, el de Estagira había afirmado inequívocamente que un principio debe buscarse a partir “también de lo que se dice sobre él”, es decir, partiendo de uso común de las palabras; EN, I, 8, 1098 b 10 ss. Véase: AUBENQUE, P., “La matière chez Aristote”, en *Problèmes aristotéliens –I– Philosophie Théorique*, Paris, Vrin, 2009, p. 214.

³¹ Véase: MASSINI CORREAS, C.I., *Filosofía del Derecho-I-El derecho, los derechos humanos y el derecho natural*, 2ª ed., LexisNexis, Buenos Aires, 2005, pp. 28-29. Véase asimismo: PINTOR-RAMOS, A., *Historia de la filosofía contemporánea*, BAC, Madrid, 2002, pp. 327-333.

otra realidad humano-social que es el lenguaje. Y en segundo lugar, porque al tratarse, en el caso del fenómeno jurídico, de una realidad no sustantiva sino accidental o no-autónoma³², integrada por entes de diferentes categorías o especies: relaciones, conductas, normas, saberes, instituciones, hábitos, deberes, facultades, discursos, etc., resulta imposible tener de ella una experiencia más o menos completa sin el auxilio de una contextualización lingüística.

Pero en esta indagación es necesario no olvidar tampoco que, como precisa acertadamente John Austin, “cuando examinamos lo que hemos de decir o qué palabras hemos de utilizar y en qué situaciones, estamos considerando no meramente las palabras (...), sino también las realidades para hablar de las cuales utilizamos las palabras”, aclarando más adelante que “el lenguaje ordinario no es la última palabra; en principio puede siempre ser suplementado, mejorado o reemplazado. Recuerden solamente: él es la primera palabra”³³. De aquí se sigue que la remisión al lenguaje ordinario como “lugar” privilegiado de la experiencia jurídica no supone que se deba permanecer en él analizándolo sólo como tal lenguaje, sino que debe servir de base y fuente para la captación de las nociones que ese lenguaje significa y el conocimiento de las realidades que designa.

“En otras palabras –ha escrito en el mismo sentido Copleston– la perspectiva de la filosofía del lenguaje ordinario no supone necesariamente ninguna otra afirmación sino la de que es sabio comenzar observando lo que la gente está acostumbrada a decir, cuando ello puede ser considerado como una encarnación o incorporación de experiencia humana acerca de situaciones objetivas durante un período muy largo de tiempo”³⁴. Nuevamente, queda aquí en claro que la indagación en el lenguaje ordinario de los usos más habituales en un determinado ámbito de la praxis humana, tiene por objetivo central y final la captación inicial de las diferentes dimensiones y elementos del fenómeno al que esas palabras se refieren.

Pero además, y como el mismo Aristóteles sostuvo reiteradamente, este estudio del lenguaje ordinario –en este caso del lenguaje jurídico– en búsqueda del conocimiento experiencial que sirva de base a los estudios filosófico-

³² Sobre estas nociones, véase: KALINOWSKI, G., *L'impossible métaphysique*, Beauchesne, Paris, 1981, pp. 145 ss.

³³ AUSTIN, J. L., *Philosophical Papers*, Oxford University Press, Oxford, 1961, pp. 130-133.

³⁴ COPLESTON, F., “Reflections on Analytic Philosophy”, en *On the History of Philosophy*, Search Press, London, 1979, p. 106.

jurídicos, no puede ser una vía de acceso excluyente, sino que debe complementarse con un estudio paralelo de aquello que los hombres –en especial los más notables– han dicho y escrito acerca de ese campo o ámbito de estudio. El Estagirita escribe en este sentido que la dialéctica “es un método por el cual estamos en condiciones de argumentar respecto a cualquier problema propuesto partiendo de premisas que pertenecen a la opinión notable (*ex endóxon*)”³⁵. Esto significa que, para alcanzar una comprensión adecuada de los fenómenos humano-prácticos como el derecho, resulta de especial importancia el conocimiento, el análisis y la confrontación de las opiniones de quienes han intentado explicar filosóficamente esos fenómenos. De hecho, los hombres han reflexionado y debatido acerca del sentido de las cuestiones humano-prácticas todo a lo largo de la historia humana, por lo que resultaría pretencioso –e infecundo– despreciar todo ese bagaje de ideas y opiniones.

En este mismo sentido, aunque refiriéndose a la filosofía moral, Giuseppe Abbà sostiene que “existen históricamente diversas figuras de filosofía moral. El punto de partida que se ha esbozado hasta ahora [la experiencia moral] corresponde a una de esas figuras. Ahora bien, si una cosa es obvia en filosofía es que no se puede sostener la propia posición sin discutir las otras posiciones. No será por lo tanto necesario detenerse demasiado para explicar que el discurso filosófico procede por argumentación dialéctica entre las posiciones rivales...”³⁶. En lo que sigue, si bien el punto de partida de las indagaciones será el estudio de la experiencia jurídica por la mediación del lenguaje del derecho, se recurrirá también al diálogo y la confrontación con algunas de las más notorias posiciones filosóficas, no sólo en cuanto al punto de partida propuesto por esas diversas modalidades filosóficas, sino también en lo que se refiere a los temas que se siguen necesariamente de ese punto de inicio³⁷. A

³⁵ ARISTÓTELES, *Tópicos*, I, 1, 100 a 18-21. Sobre la noción de dialéctica en Aristóteles, véase: EVANS, J. D. G., *Aristotle's Concept of Dialectic*, Cambridge University Press, Cambridge, 1977. William Hardie discute la extensión de la dialecticidad de la Ética en Aristóteles, limitando considerablemente su alcance: HARDIE, W. F. R., *Aristotle's Ethical Theory*, 2ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1985, p. 39.

³⁶ ABBÀ, G., *Quale impostazione per la filosofia morale?*, LAS, Roma, 1996, p. 26. Se dará por supuesto aquí que, en cuanto formas de *filosofía práctica*, la filosofía moral y la filosofía del derecho tienen fuertes similitudes en cuanto al método y el modo de abordaje de las cuestiones.

³⁷ Esto ha sido realizado *in extenso* por el autor con referencia al tema puntual de la filosofía de la justicia; véase: MASSINI CORREAS, C. I., *Filosofía del Derecho-II-La justicia*, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, 252 pp.

esos efectos, y tal como se lo explicó al comienzo, también habrá de ampliarse temporalmente el ámbito de la experiencia jurídica con una remisión a la historia del pensamiento y de la realidad jurídica, en un diálogo intemporal que trascienda las culturas y atraviere las edades³⁸.

4. LAS NOTAS DE LA EXPERIENCIA JURÍDICA

Luego de estas cuestiones introductorias, corresponde comenzar con el análisis –por ahora general– del fenómeno jurídico tal como este se presenta a la experiencia pre-filosófica. Y en este sentido, el panorama que presenta esa experiencia, tal como se aparece a los operadores del derecho, es decir, desde la perspectiva que Herbert Hart ha llamado el “punto de vista interno”³⁹, hace patentes ciertos caracteres ineludibles de ese fenómeno: ante todo su carácter *complejo*. Esto significa, obviamente, que el ámbito de realidades que abarca el fenómeno jurídico y que es el objeto de la experiencia jurídica es especialmente extenso y variado, es decir, abarca entidades de diferentes especies y categorías. Entre estas entidades se encuentran: hechos, acciones (conductas), expresiones normativas, facultades deónticas, textos lingüísticos, sistemas de conocimiento (filosofías, ciencias), deberes, valores, bienes humanos, relaciones, cosas materiales, etc. Esta variedad y complejidad plantea inmediatamente la cuestión de cuál es el factor, elemento, dimensión o característica que otorga unidad al fenómeno jurídico, haciendo posible que se hable de *un* fenómeno a su respecto. Sobre este tema se volverá en breve.

La segunda de las notas de la experiencia jurídica es que se trata de una experiencia *práctica*, es decir, referida de diferentes modos a la ordenación, dirección, valoración, calificación, etc. de la praxis humana jurídica. En otras palabras, el objeto de la experiencia jurídica no son meros hechos –lo que los anglosajones llaman “brute facts”– sino hechos referidos a, vinculados con o relacionados a un sector de la praxis humana denominado corrientemente

³⁸ Véase en este punto: BERMAN, H., *La formación de la tradición jurídica de occidente*, trad. M. Utrilla, FCE, México, 1986, p. 9. Véase también: LETWIN, S. R., *On the History of the Idea of Law*, ed. N.B. Reynolds, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 326 ss.

³⁹ HART, H. L. A., *The Concept of Law*, 2ª ed., Oxford University Press-Clarendon Law Series, Oxford, 1997, pp. 88-91.

como “jurídico”. En este sentido, ha escrito Félix Lamas que “no sólo tenemos experiencia de conductas sino también de la ordenación o desordenación de ellas respecto de determinados fines sociales, y de la adecuación o inadecuación de las mismas respecto a ciertas reglas de conducta o normas que llamamos jurídicas. Por último, tenemos experiencia de la estimación axiológica de tales conductas, fundada en los fines y en las normas”⁴⁰.

Esto supone que la experiencia jurídica no sólo lo es de realidades susceptibles de valoración, sino que, además, esa experiencia misma es axiológica, es decir, implica o incluye valoraciones de parte del sujeto que experimenta. “Ésta –escribe Abbà refiriéndose a las experiencias prácticas– es la experiencia propia del que actúa, y lo hace consciente y voluntariamente, construye él mismo la descripción según la cual se comprende la propia acción; es, por lo tanto, una experiencia práctica, [una experiencia] desde el punto de vista de la conciencia de quien es su sujeto”⁴¹. Abbà llama a esta perspectiva “la que corresponde a la primera persona”, es decir, al sujeto que guía sus propias acciones o participa en la tarea de dirigir las acciones de los demás miembros de un grupo social. En definitiva, el punto de vista del mismo sujeto de la praxis.

Esta misma perspectiva ha sido desarrollada, siguiendo parcialmente la idea hartiana del “punto de vista interno”, por John Finnis al comienzo de *Natural Law and Natural Rights*. En ese lugar, el pensador australiano retoma y reformula la percepción de Hart y defiende la necesidad de que quien realiza una indagación en materias sociales realice él mismo valoraciones para que su comprensión de los datos de la experiencia sea acertada. “Un teórico –escribe Finnis– no puede proporcionar un análisis y descripción teórica de los hechos sociales a menos que también él participe en la tarea de valorar, de comprender qué es realmente bueno para las personas humanas y qué exige realmente la razonabilidad práctica (...). Pero las acciones, prácticas, etc., sólo pueden comprenderse plenamente captando su fin, es decir, su objetivo, su valor, su relevancia o importancia, tal como fueron concebidos por quienes realizaron esas acciones, participaron en esas prácticas, etc. Y estas concepciones sobre el fin, el valor, la relevancia y la importancia, se reflejarán en el

⁴⁰ LAMAS, F., *La experiencia jurídica*, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, Buenos Aires, 1991, p. 452.

⁴¹ ABBÀ, G., *Quale...*, op. cit., p. 11.

discurso de esas mismas personas, en las distinciones conceptuales que ellas hacen u omiten o se niegan a hacer”⁴².

Para Finnis, por lo tanto, el “punto de vista interno” propuesto por Hart es el punto de vista práctico-valorativo o práctico-moral, lo que significa que el investigador en ciencias humano-prácticas no puede limitarse a verificar desde fuera, como un observador externo y no-comprometido, la existencia de valoraciones ético-jurídicas, sino que debe valorar él mismo para captar el sentido de los fenómenos de la experiencia jurídica. Esta perspectiva, que es claramente la del pensamiento clásico, se opone diametralmente a la impositación propia de los pensadores modernos, que abordan las cuestiones humano-prácticas desde el punto de vista de un “observador imparcial”, como proponía Adam Smith⁴³, que explicaba las acciones, normas y valoraciones humanas desde la perspectiva de la tercera persona o del “espectador imparcial”⁴⁴.

Finalmente, la tercer nota del fenómeno jurídico es que se trata de un fenómeno eminentemente *social*, y su correspondiente experiencia se tiene también en un contexto social, es decir, en un ámbito de múltiples relaciones sociales. En este punto, Lamas sostiene que en la socialidad de la experiencia jurídica pueden distinguirse dos aspectos: el objetivo y el subjetivo. Respecto del *primero*, afirma que esa experiencia “es social por su objeto, porque la conducta jurídica, y todo aquello que es “jurídico” por su vinculación con ella, es un fenómeno estrictamente social (...). El objeto de esta experiencia, pues, aparece inscripto en una trama compleja y total de conductas, relaciones, situaciones y nexos causales históricos, fuera de la cual carece de significación jurídica”⁴⁵.

Y con referencia al aspecto *subjetivo*, este autor defiende que la experiencia jurídica es social subjetivamente, toda vez que el sujeto de esa experiencia

⁴² FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 3-4. Sobre esta doctrina, véase: MASSINI CORREAS, C. I., “Sobre ciencia práctica y *prudentia*. Aproximaciones desde las ideas de John Finnis”, en *Sapientia*, n° 227-28 (Buenos Aires, 2010), pp. 41-53.

⁴³ SMITH, A., *La teoría del los sentimiento morales*, trad. C. Rodríguez Braun, Alianza, Madrid, 1997, pp. 180 ss. Corresponde consignar en este punto que Smith incorporaba también el tema de la simpatía, por la cual el observador podía acercarse a los puntos de vista del actor, o de la primera persona; véase: MACINTYRE, A., *Historia de la ética*, trad. R. Walton, Paidós, Buenos Aires, 1970, p. 172. Esta observación se debe a una sugerencia del Dr. Ricardo Crespo.

⁴⁴ Sobre esta perspectiva moderna, véase: RODRÍGUEZ LUÑO, A., *Ética General*, 4ª ed., EUNSA, Pamplona, 2001, pp. 56 ss. Véase también: LARMORE, C., *Modernité et Morale*, PUF, Paris, 1993, pp. 45-69, y el ya clásico trabajo de ANSCOMBE, E., “Modern Moral Philosophy”, en AA.VV., *Virtue Ethics*, ed. R. Crisp & M. Slote, Oxford University Press, Oxford, 1997, pp. 26-44.

⁴⁵ LAMAS, F., *La experiencia...*, *op. cit.*, p. 467.

se encuentra él mismo “inscripto en una totalidad social y sólo como miembro de ella puede ser un observador y un partícipe (práctico) eficaz. Dicha pertenencia del sujeto a una totalidad social es condición para que participe de la vida del derecho. Y sólo participando de ella éste puede ser conocido en su peculiaridad práctica, por lo menos de una forma empírica”⁴⁶. En definitiva, en este punto de la socialidad de la experiencia jurídica, es claro que, tanto el objeto de experiencia como el sujeto que la experimenta, deben consistir, o estar insertos en un grupo social, en especial en un grupo de carácter político⁴⁷.

Ahora bien, como puede percibirse fácilmente, estos tres caracteres del fenómeno y de la experiencia jurídica se encuentran íntimamente relacionados, toda vez que todo fenómeno social es complejo y, para ser captado en su auténtico sentido, debe abordarse desde una perspectiva práctico-valorativa. Pero esa misma complejidad del fenómeno –y, consecuentemente, de la experiencia jurídica– hace necesaria una explicación de su unidad, es decir, la determinación del factor, elemento o dimensión que confiere existencia individual o singular a ese conjunto múltiple de hechos y conductas sociales que habitualmente se denominan como “derecho” o “jurídico”. Por supuesto que se parte aquí de la afirmación de que la unidad de la designación de las palabras, tiene su raíz en una cierta identidad de los conceptos, los que a su vez se refieren a objetos al menos parcialmente similares⁴⁸.

5. LA UNIDAD DE LA EXPERIENCIA JURÍDICA EN LA VERSIÓN CLÁSICA

Este problema de la unidad de los fenómenos complejos y de la posibilidad de su conocimiento unitario, ha sido debatido por la filosofía desde sus orígenes griegos⁴⁹. En general, el pensamiento clásico recurrió a nociones

⁴⁶ *Ibid.* También Mark Murphy destaca el doble carácter objetivo y subjetivo de la socialidad del fenómeno jurídico; MURPHY, M., *Philosophy of Law*, Blackwell Publishing, Malden-Oxford-Carlton, 2007, p. 5.

⁴⁷ Acerca del tema de la politicidad del derecho, véase. SOAJE RAMOS, G., “Sobre la politicidad del derecho”, en AA.VV., *El derecho natural en la realidad social y jurídica*, ed. S. Castaño y E. Soto Kloss, Universidad Santo Tomás, Santiago de Chile, 2005, pp. 15-45.

⁴⁸ En este punto, véase: CASAUBON, J.A., *Palabras, ideas, cosas*, Candil, Buenos Aires, 1984, y también: LLANO, A., *Metafísica y Lenguaje*, EUNSA, Pamplona, 1984, pp. 94 ss.

⁴⁹ Véase en este punto: CAPELLE, W., *Historia de la filosofía griega*, trad. E. Lledó, Gredos, Madrid, 1976, pp. 281 ss. y *passim*. También: BARNES, J., “Metaphysics”, en AA.VV., *The Cambridge Companion to Aristotle*, Ed. J. Barnes, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, pp. 86-87 y *passim*.

como las de unidad accidental o de orden⁵⁰, en el nivel de las realidades, y a la de analogía en el nivel de los conceptos y de las palabras. Según esta doctrina clásica –que dista mucho de ser unitaria– los conjuntos de realidades sociales, como el derecho, la sociedad o la economía, pueden ser considerados de modo unitario en razón de que sus elementos participan de una o algunas modalidades existenciales, por las que se relacionan entre sí formando una unidad –accidental, diría el Estagirita– de sentido práctico⁵¹. De este modo, resulta legítimo usar una única palabra –y a veces un concepto– para designar a todo un conjunto de realidades de distinta categoría y naturaleza, en razón de ciertas similitudes y relaciones que guardan entre sí.

Así, si tomamos la palabra “sano” –el ejemplo es de Aristóteles⁵²– y la aplicamos a un cuerpo humano, a un clima, a un rostro y a un medicamento, resulta claro que, en rigor, el que es propiamente “sano” es el cuerpo, mientras que ese término puede aplicarse –analógicamente– a un clima en cuanto favorece la salud, a un rostro en cuanto la manifiesta y a un medicamento en cuanto la causa. Este ejemplo pone en evidencia que la analogía es un modo de referirse –utilizado de hecho por los hombres en su lenguaje y argumentación corriente– a una multiplicidad de realidades, de carácter diverso, pero que participan –aunque en diferente grado– de una cierta perfección común⁵³.

Ha escrito en este sentido Finnis, resumiendo el punto de vista de la tradición clásica bajo el título de “La teoría social puede describir ‘analógicamente’”, que “Tomás de Aquino desarrolla la explicación aristotélica [de que] el campo propio de cualquier ciencia o teoría, incluye propiamente todo lo que está relacionado de modo relevante con un tipo central, y las ‘formas relevantes de relación con ese tipo central’ incluyen, *inter alia*, no sólo lo que generan realidades de ese tipo, sino también sus defectos característicos o corrupciones (y las causas de esos fracasos). De este modo, una versión diluida o corrupta de ese tipo puede correctamente –tanto científica como popularmente– ser

⁵⁰ Véase: SAMPAY, A.E., *Introducción a la Teoría del Estado*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1961, pp. 407 ss.

⁵¹ Véase: FINNIS, J., *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1998, pp. 23 ss.

⁵² ARISTÓTELES, *Metafísica*, IV, 2, 1003 a 33 ss.

⁵³ Sobre la noción de analogía y sus modalidades, véase: MASSINI CORREAS, C. I., *Derecho y ley según Georges Kalinowski*, EDIUM, Mendoza-Argentina, 1987, pp. 27-39. Allí se discuten las aportaciones a la teoría de la analogía de Kalinowski, Cornelio Fabro, Bernard Montaignes, Octavio Derisi y Battista Mondin.

llamada con el mismo nombre, no con el mismo significado (‘unívocamente’, como traduce el Aquinate) ni tampoco equívocamente, sino a través del modo de relación-en-la-diferencia de significado que el Aquinate (cambiando el vocabulario de Aristóteles) llama *analogía*⁵⁴.

Dicho en otras palabras, dentro de las coordenadas del pensamiento clásico, un fenómeno social reviste una unidad no sustantiva, como los animales o los árboles, sino adventicio o accidental, como la de un regimiento o un jardín, y se designa con un término que tiene significación analógica, ya que contiene a todas las plantas, árboles, canteros, flores y el césped que integran el jardín. Del mismo modo, el denominar a un grupo social “comunidad política” significa designar unitariamente a todo el conjunto de actividades, instituciones, regulaciones, autoridades, valores compartidos, etc. que la constituyen en cuanto tal. Pero esta denominación no es arbitraria, como en el caso de la equivocidad, ni es tampoco meramente construida, sino que tiene un fundamento en las relaciones reales de diferente tipo: causalidad, condicionamiento, supremacía, referencia mutua, etc., que efectivamente existen entre esos elementos en el marco de esa comunidad⁵⁵.

En este caso, el tipo de analogía que utiliza el pensamiento clásico para denominar a las realidades sociales es principalmente el llamado de “analogía de atribución” que consiste, como lo explicaba Finnis más arriba, en que un término o un concepto se aplican de un modo propio y principal a un tipo de realidades, pero también a otros tipos diferentes de realidades en virtud de las relaciones que guardan con la primera. Estas relaciones son de diferentes tipos, pero son estrictamente necesarias para que se esté en presencia de un caso de analogía y no de mera equivocidad, donde el mismo término se predica de realidades sin ninguna vinculación relevante entre ellas. Esto fue expresado por Aristóteles en diferentes ocasiones al decir que “el ente se dice de muchas maneras”⁵⁶, o que “la justicia se dice de diferentes modos”⁵⁷, queriendo significar que varias realidades diversas –en el caso de “ente”, todas las realidades– se pueden denominar “entes” aunque se trate de entidades muy diversas: accidentales, sustanciales, relacionales, nocionales, fácticas, etc., en razón de

⁵⁴ FINNIS, J., *Aquinas...*, cit., p. 43.

⁵⁵ Véase: CRUZ PRADOS, A., *Filosofía política*, EUNSA, Pamplona, 2009, pp. 30-35.

⁵⁶ ARISTÓTELES, *Metafísica*, IV, 2, 1003 a 33 ss. Véase: FORMENT, E., voz “Analogía”, en *Diccionario de Filosofía*, A.L. González (dir.), EUNSA, Pamplona, 2010, pp. 61 ss.

⁵⁷ ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, V, 1, 1129 a 26 ss.

alguna perfección de la que todos participan; en este ejemplo, del ser (*esse*)⁵⁸. Otro tanto ocurre con “justicia”, que puede predicarse de acciones, hábitos, normas, instituciones, reclamos, etc. en un sentido semejante pero no idéntico, queriendo significar algo similar en diferentes realidades de naturaleza disímil⁵⁹.

Ahora bien, si se aplica este modo de aproximación a la realidad jurídica, resulta claro que es posible hablar en ese caso de un *fenómeno jurídico* y, como consecuencia, también de una *experiencia jurídica* de ese fenómeno. Esto es así, en cuanto existen diferentes tipos de realidades que habitualmente se denominan “jurídicas” en razón de que se encuentran claramente relacionadas entre sí y participan de ciertas determinaciones o perfecciones accidentales que hacen posible el referirse justificadamente a ellas con un nombre único, y a la vez, común. En efecto, en el ámbito de las realidades denominadas “jurídicas”, existe toda una variedad de modalidades, dimensiones y categorías, que pueden designarse legítimamente de ese modo en razón de los múltiples vínculos y dependencias que existen entre ellas; así, v.gr., las *normas* jurídicas existen para dirigir las *conductas* jurídicas, que son el objeto de las *facultades* jurídicas y exigen *decisiones* jurídicas, que son todas estudiadas por la *ciencia* jurídica y así sucesivamente. A la inversa, un tipo de realidad que no estuviera relacionada con el resto de las realidades jurídicas, v.gr., un eclipse de luna, una plegaria religiosa o una reunión de amigos, no podrían llamarse “jurídicas” con algo de rigor, ya que no existiría ningún fundamento razonable para la atribución de ese nombre⁶⁰.

Por supuesto que, en el recurso a la analogía de atribución, se hace necesario indagar, en cada ámbito de predicación analógica, cuál es aquella realidad a la que el nombre o el concepto corresponde de modo propio, es decir, cuál es el analogado principal o el “caso central” de “jurídico” o “derecho”. Esto es, cuál es el tipo de realidades con referencia a la cual, o para la realización de la cual, todas las demás adquieren sentido o significación. En el ejemplo aristotélico de “sano”, resulta claro que el rostro, el clima y el remedio adquieren su significado “sanitario” en la medida en que manifiestan, favo-

⁵⁸ Véase, en este punto: MONDIN, B., *Il sistema filosofico di Tommaso D'Aquino*, Massimo, Milano, 1985, pp. 88 ss.

⁵⁹ En este punto, véase: MASSINI CORREAS, C.I., *Filosofía del Derecho-II-La justicia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, pp.

⁶⁰ Véase: MASSINI CORREAS, C.I., *Derecho y ley...*, cit., pp. 41 ss.

recen o causan la salud del cuerpo humano. Algo similar habría que indagar respecto a la significación de “derecho” o “jurídico”, buscando descubrir cuál de las atribuciones de esas palabras reviste un carácter propio y principal y es la que justifica –respecto de las demás– la atribución analógica de esas palabras o conceptos.

6. EL REDUCTIVISMO MODERNO

Esta solución clásica a la cuestión de la unidad de los fenómenos y –consecuentemente– de la experiencia en materias humano-sociales, perduró por varios siglos como la explicación habitual y aceptada; pero ya a fines de la Edad Media y sobre todo durante el transcurso de la Edad Moderna, fue siendo paulatinamente sustituida por otra, que en los últimos años se ha denominado como “reductivista”⁶¹. En especial, la historia del reductivismo en filosofía ha sido desarrollada notablemente por Étienne Gilson en su libro *La unidad de la experiencia filosófica*. En este valioso trabajo, que ha sido objeto de numerosas ediciones en varios idiomas, el distinguido pensador francés sostiene la siguiente tesis general: desde el final de la Edad Media, y a medida en que crecía una derivación escéptica del pensamiento filosófico, comenzó a tomar cuerpo una modalidad de pensamiento consistente en la adopción del método y la problemática de alguna ciencia particular, considerada como paradigmática o modélica especialmente por su mayor precisión o simplicidad, para aplicarlas a la filosofía y desarrollar así una filosofía estrictamente “científica”. De este modo, la lógica (con Pedro Abelardo), la teología (con

⁶¹ La noción de *reductivismo* ha sido utilizada en varios ámbitos de la ciencia y la filosofía: en la psicología, la lógica, la ética, la física, etc. y ha adoptado tres modalidades principales: la *metodológica*, según la cual en un campo del saber se aplica el método propio de otro campo distinto; la *ontológica*, en la que una realidad se reduce a sus elementos constitutivos y se explica por ellos; y la *semántica*, según la cual el lenguaje de una disciplina puede ser traducido al lenguaje de otra disciplina. Pero en general, se habla de reductivismo toda vez que se pretende explicar una realidad por referencia a otra que se presenta como más simple o más fundamental. Véase: FERRATER MORA, J., *Diccionario de Filosofía*, T. IV, Alianza, Madrid, 1979, pp. 2800-2802. Véase también: AGAZZI, E., “Analogicità del concetto di scienza. Il problema del rigore e dell’oggettività nelle scienze umane”, en AA.VV., *Epistemologia e scienze umane*, ed. V. Possenti, Massimo, Milano, 1979, pp. 60-61 y BRIGANDT, I. & LOVE, A., “Reductionism in Biology”, en *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2012 Edition), Edward N. Zalta (ed.), forthcoming URL <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2012/entries/reduction-biology/>>.

San Buenaventura⁶²), las matemáticas (con René Descartes y los cartesianos), la física (con Immanuel Kant), las ciencias empiriológicas (con Auguste Comte y los positivistas), y la economía (con Karl Marx), fueron tomadas como modelos metódicos y temáticos para la indagación filosófica, a la que se consideró incapaz de un objeto propio y de un método particular.

El resultado inevitable de estos experimentos fue, siempre según Gilson, la esterilidad de la filosofía y la distorsión de su naturaleza específica. En cada una de estas tentativas reductivistas, “lo que es una determinación particular del ser, o sea *un* ser, será investido con la universalidad del ser. En otras palabras, se le concederá a una esencia particular la universalidad del ser y se le permitirá excluir los demás aspectos de la realidad”⁶³. Y en otro lugar precisa que “[estas] aventuras metafísicas han tenido que fallar porque sus autores tomaron los conceptos fundamentales de una ciencia [particular] por los conceptos metafísicos. La Teología, la Lógica, la Biología, la Psicología, la Sociología, la Economía, pueden solucionar sus problemas con sus métodos peculiares; sin embargo (...), como la Metafísica aspira a trascender todo conocimiento particular, ninguna ciencia particular es competente para solucionar los problemas metafísicos o juzgar las soluciones metafísicas”⁶⁴. Para Gilson, este reductivismo “es más que una posibilidad abstracta: es una tentación...”⁶⁵.

Esta tentación consiste, por lo tanto, en el abandono de la empresa filosófica centrada en la metafísica del ser –compleja, laboriosa y problemática– y en el intento de conformar el pensamiento que busca soluciones últimas y decisivas según el modelo metodológico y temático de alguna de las ciencias particulares, que por definición no buscan soluciones últimas. La esperanza que explica la reiterada caída en esta tentación radica en la imaginada posibilidad de alcanzar una explicación más sencilla, más precisa y menos problemática del todo de la

⁶² Conviene recordar que una de las obras de San Buenaventura llevaba por título *Sobre la reducción de las Artes a la Teología* (por supuesto que entre las Artes se hallaba incluida la filosofía); GILSON, E., *La unidad de la experiencia filosófica* (en adelante UEF), 5ª ed., trad. C. Baliñas, Rialp, Madrid, 2004, p. 53. La edición original es la siguiente: GILSON, E., *The unity of philosophical experience*, Charles Scribner's Sons, New York, 1937. Sobre el pensamiento de este autor, véase: ECHAURI, R., *El pensamiento de Étienne Gilson*, EUNSA, Pamplona, 1980; LIVI, A., *E. Gilson: El espíritu de la filosofía medieval*, Magisterio Español-Crítica Filosófica, Madrid, 1984; y LIVI, A., *Étienne Gilson. Filosofía cristiana e idea del límite crítico*, EUNSA, Pamplona, 1970. En este último libro (pp. 241-246) se incluye una nómina de estudios sobre la obra de Gilson.

⁶³ UEF, p. 270.

⁶⁴ UEF, p. 265.

⁶⁵ UEF, p. 269.

realidad en términos de una ciencia que aparece como más exacta, más simple y más útil que la filosofía *simpliciter dicta*, y en especial la metafísica.

Pero además, toda esta empresa debe basarse de algún modo en un escepticismo, explícito o implícito, acerca de las posibilidades noéticas de la filosofía *tout court*, ya que sólo sobre la base de una negación de la capacidad cognoscitiva de la filosofía considerada en sí misma, se justifica el recurso –en cuanto a métodos y contenidos– a alguna de las ciencias particulares, que han de sustituir, y en definitiva suplantar, a la filosofía como explicación radical de toda la realidad. Dicho de otro modo: si la filosofía –el menos en su versión clásica– no puede dar una explicación que sea, a la vez que universal, sencilla, precisa y a-problemática del sentido de la realidad, habrá que recurrir a algún otro saber que proporcione la seguridad y claridad que la filosofía ha sido incapaz de proveer a la inteligencia humana.

Ahora bien, tal como lo explica Gilson, esta tentación ha sido una de las constantes de la filosofía moderna y tardomoderna, y ha tenido sus expresiones paradigmáticas en las distintas versiones del positivismo, en especial y confesadamente, en la que se autodenominó “fiscalismo”⁶⁶, según el cual, para alcanzar una explicación adecuada de las realidades sociales –como el derecho– es necesario reducirlas a sus aspectos fácticos (asimilables a los físicos) y estudiarlos con una metodología similar a la utilizada en los estudios empiriológicos, en definitiva, en las ciencias “positivas”. En otras palabras, si se aplica esta concepción al derecho, éste se reducirá, en toda su integralidad, a meros hechos sociales.

7. EL REDUCTIVISMO EN EL DERECHO

En el ámbito jurídico, esta reducción del derecho a sus dimensiones fáctico-sociales, ha sido defendida recientemente por Andrei Marmor en su libro sistemático *Philosophy of Law*. En ese estudio, el profesor israelí sostiene

⁶⁶ Sobre el Fiscalismo, véase: *La conception scientifique du monde (Manifeste du Cercle de Vienne)*, ed. A. Soulez, Paris, PUF, 1985, pp. 108-129; SCHLICK, M., “El futuro de la filosofía”, en AA.VV., *La concepción analítica de la filosofía*, T. I, ed. J. Muguerza, Alianza, Madrid, 1974, pp. 278-293; y CARNAP, R., “Psicología en lenguaje fiscalista”, en AA.VV., *El positivismo lógico*, ed. A. Ayer, México, FCE, pp. 171-204. También es necesario recordar que en la contemporánea Teoría de la Ciencia se conoce y desarrolla el método denominado “reducción”, pero que no se vincula directamente con el problema del reduccionismo. Véase: BOCHENSKI, J., *Los métodos actuales del pensamiento*, 13ª ed., trad. R.D. Baldrich, Rialp, Madrid, 1970, pp 183 ss.

que “en filosofía, como en otras disciplinas, tratamos a menudo de explicar una clase de cosas en términos de otra. Generalmente –continúa– esto es a lo que equivale una explicación teórica. Si logramos proveer una explicación de un cierto aspecto del mundo que aparece como problemático, en términos de otro aspecto que es menos problemático, ciertamente hemos hecho un cierto progreso. Algunos tipos de explicación –concluye– tanto en filosofía como en ciencia, tienen este único carácter que denominamos *reductivo*: si existe una clara demarcación entre un tipo de discurso o clase de afirmaciones, y podemos proveer una explicación completa (*full*) de esa clase de afirmaciones en términos del algún otro tipo o clase de afirmaciones, entonces la explicación es reductiva. Por ejemplo –concluye– si podemos explicar completamente (*fully*) el reino de nuestra vida mental en términos de verdades acerca de los aspectos físicos del mundo, hemos provisto una explicación reductiva de lo mental al reino físico”⁶⁷.

Y en lo que sigue del libro, Marmor propone una justificación de esa estrategia reduccionista aplicándola concretamente al derecho, aplicación según la cual la justificación última de la obligatoriedad de las normas jurídicas radicaría en la *autoridad* del organismo que las sancione, autoridad que, a su vez, se fundamenta en el *hecho social* de su aceptación consensual por parte del grupo social correspondiente. De este modo, la obligatoriedad del derecho (normativo) se reduce en definitiva al hecho social de la aceptación convencional-social de la autoridad que tuvo a su cargo la elaboración de esas normas⁶⁸. Pero tal como lo postula el mismo autor, esta reducción debe proporcionar –para resultar estrictamente justificatoria– una explicación *completa* (*full explanation*) de esa obligatoriedad. Ahora bien, esto es casualmente lo que se debe poner en duda: que los meros hechos sociales puedan proporcionar una explicación integral y satisfactoria del carácter obligatorio –o la necesidad deóntica– de las normas jurídicas, obligatoriedad que no puede revestir, al menos en definitiva, índole puramente fáctica.

Esta es entonces la principal objeción que debe hacerse a los intentos reduccionistas de explicar –y en especial, justificar racionalmente– realidades humano-prácticas a partir de elementos no-humanos y no-prácticos: que no

⁶⁷ MARMOR, A., *Philosophy of Law* (en adelante POL), Princeton University Press (Princeton Foundations of Contemporary Philosophy), Princeton-Oxford, 2011, p. 12.

⁶⁸ POL, pp. 60 ss.

existe en este caso ilatividad lógica y que, por lo tanto, los intentos reductivistas no justifican nada y caen inexorablemente en la denominada falacia “ser-deber ser”⁶⁹, según la cual no puede justificarse ninguna proposición deóntica –como lo son las referidas a la obligatoriedad del derecho– a partir de meros hechos, aunque se trate de hechos sociales. En rigor, de hechos sociales sólo pueden inferirse otros hechos, salvo que medie otra premisa deóntica, la que tampoco puede justificarse sobre la base de simples hechos, aunque se trate de convenciones sociales.

Esto significa que la pretensión declarada de Marmor de obtener una explicación “menos problemática” de la obligatoriedad del derecho, se contradice con su otra afirmación de que esa explicación –para ser suficiente– debe ser “completa”. Y esto es así, toda vez que la explicación basada en meros hechos sociales resulta más *sencilla* e inteligible que todas las alternativas: iusnaturalistas, no-positivistas, positivistas incluyentes, hermenéuticas, etc., ya que se basa –toda ella– en la aceptación de un principio inconcuso e indubitable: *la raíz de la obligatoriedad del derecho radica únicamente en el hecho social del consenso acerca de quién detenta la autoridad*. Pero es también claro que la propuesta reductivista no proporciona una explicación “completa” de la obligatoriedad del derecho, y no sólo porque de meros hechos no puedan seguirse lógicamente derechos, deberes o exigencias, pues se trata de realidades de una índole y de una clase distinta, sino porque nunca cabe excluir la posibilidad de que los hombres convengan en la injusticia extrema⁷⁰. Esto último, que ha sido estudiado en detalle por Robert Alexy⁷¹, descarta –por su carácter contraintuitivo– la posibilidad de que, *sólo por ese hecho social*, cualquiera que sea su contenido, pueda justificarse racionalmente la obligatoriedad de las normas jurídicas.

Pero además, y esto es lo que aquí más interesa, esta visión reduccionista del carácter deóntico del derecho, implica necesariamente un recorte, drástico y arbitrario, de los datos de la experiencia jurídica. En efecto, el mismo Marmor, en las primeras páginas del libro citado, expone sucintamente cuál es la experiencia jurídica originaria: “la obligación jurídica (...) se sigue del hecho de

⁶⁹ Sobre esto, véase: MASSINI CORREAS, C.I., *La falacia de la “falacia naturalista”*, EDIUM, Mendoza-Argentina, 1995, *passim*.

⁷⁰ Véase: RODRÍGUEZ DUPLÁ, L., *Ética de la vida buena*, Desclée de Brower, Bilbao, 2006, pp. 52-53.

⁷¹ Véase: ALEXY, R., *El concepto y la naturaleza del derecho*, trad. C. Bernal Pulido, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, pp. 74 ss.

que ciertos acontecimientos han tenido realmente lugar, a saber, que ha habido ciertas personas en [cierta ciudad] que se reunieron en cierto lugar, hablaron, levantaron sus manos, firmaron un documento, y así sucesivamente”⁷². Y más adelante propone, como resumen de su posición reductivista, las siguientes dos tesis: “(1) En toda sociedad que tiene un sistema jurídico funcionando, existen ciertas convenciones sociales que determinan quién cuenta como autoridad jurídica en esa sociedad y cómo esa autoridad ha de ser ejercida. (2) Las normas jurídicas consisten en las directivas o instrucciones de las autoridades jurídicas, aquellas autoridades que están identificadas y constituidas por las convenciones sociales de (1)”⁷³.

Dicho brevemente, desde esta perspectiva, la justificación de la obligación jurídica se sigue *sólo* de un hecho social: el que consiste que una autoridad ha emitido regularmente una determinada norma; y a su vez, esta autoridad es tal por el *mero* hecho de que una convención social la ha establecido. Ahora bien, resulta evidente que estos hechos sociales pueden integrar –y seguramente integrarán– el proceso argumentativo de justificación racional de las normas; el problema es *si basta con esos hechos sociales* para justificar racionalmente la obligatoriedad de las normas jurídicas⁷⁴. En otras palabras, en esta cuestión se plantea si resulta necesario –o no– algún juicio de valor para la justificación racional de esa obligatoriedad, en especial habida cuenta de que en la experiencia jurídica aparecen valoraciones en estrecha relación con los deberes, facultades, potestades o exigencias, que también aparecen en esa experiencia. Alexy responde a esto que los hechos social-institucionales que integran la creación del derecho, “siempre están conectados con el acto no institucional –normalmente implícito– de afirmar que el acto jurídico se ha producido de una manera sustancial y procedimentalmente correcta. Asimismo –concluye– la afirmación de la corrección está conectada con la garantía –normalmente implícita– de justificabilidad, y con una expectativa –de nuevo, normalmente implícita– de aceptación”⁷⁵.

Por su parte, John Finnis sostiene en este punto que “nadie puede nunca racionalmente considerar un *puro hecho* (*fact alone*) como dando razón de

⁷² POL, p. 1.

⁷³ POL, p. 83.

⁷⁴ Véase: GEORGE, R.P., “El derecho natural”, en *Entre el derecho y la moral*, trad. P. J. Izquierdo, Porrúa, México DF, 2010, pp. 23 y *passim*.

⁷⁵ ALEXY, R., *El concepto y la naturaleza...*, cit., p. 63.

algo práctico, menos aún de algo tan demandante y restrictivo de las opciones humanas como el derecho. Tiene que haber siempre algún ‘argumento valorativo’ para tratar cualquier hecho o combinación de hechos como una ‘base’ para identificar una proposición como impositiva de una obligación o de algún otro modo directiva o normativa”. Y más adelante afirma que “en ningún sistema jurídico que responda a las necesidades humanas, los ciudadanos, jueces, u otros oficiales han de mirar al mero hecho de un acto legislativo o de adjudicación pasado. Siempre la referencia es a estos actos en su contexto intra-sistemático”; contexto que incluye inexorablemente consideraciones y juicios de valor práctico-humano⁷⁶.

En definitiva, y tal como lo reconocen los dos últimos autores citados, probablemente los pensadores del derecho contemporáneos más notables, de la verificación de simples hechos sociales no puede seguirse justificadamente una obligación jurídica. Una obligación no es un hecho, ni un conjunto de hechos, y por lo tanto no puede justificarse sólo en hechos; y que se trate en este caso de hechos sociales: acuerdos, consensos, hábitos, conductas, etc., no cambia en nada la cuestión. En rigor, una realidad deóntica debe tener un fundamento en definitiva deóntico; todas las demás alternativas incumplen las leyes de la lógica y la epistemología, y presentan el cuadro injustificado y falacioso de un salto de un nivel epistémico –y ontológico– a otro distinto, sin justificación racional consistente. Este es el destino de todos los reduccionismos⁷⁷, que pretenden explicar el derecho desde la economía (el Marxismo y el Análisis Económico del Derecho), las ideologías y las relaciones de poder (el Movimiento de Estudios Jurídico-Críticos), o los meros hechos sociales (el Positivismo Excluyente), sin alcanzar la especificidad ni el orden propio de la realidad jurídica⁷⁸.

Frente a la esterilidad de las alternativas reduccionistas, y considerando que el pensamiento humano no se rige por una inexorable ley de progreso inevitable, sino por la evolución dialéctica de tradiciones de pensamiento e

⁷⁶ FINNIS, J., “Introduction”, en *Collected Essays: volume IV. Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 4-5.

⁷⁷ Véase: ALONSO, C.J., *La agonía del cientificismo. Una aproximación a la filosofía de la ciencia*, EUNSA, Pamplona, 1999, pp. 62-72.

⁷⁸ En este punto, véase: MASSINI-CORREAS, C. I., “El cierre de la razón en el derecho. Duncan Kennedy y la crítica de la racionalidad en la aplicación/interpretación jurídica”, en *Persona y Derecho*, n° 64 (2011), pp. 121-141.

investigación⁷⁹, queda la posibilidad cierta de retomar las líneas maestras del pensamiento clásico y considerar al fenómeno jurídico como un todo articulado y relacional, susceptible de ser conocido de modo analógico, con una analogía de atribución. Esto hará posible captar la unidad y el sentido práctico-normativo de todo el fenómeno jurídico, estableciendo un orden y una jerarquía entre los elementos que lo componen, sin necesidad de reducir esa totalidad a uno cualquiera de sus elementos o dimensiones.

8. EXPERIENCIA, TRADICIÓN Y HERMENÉUTICA

Antes de sacar las correspondientes conclusiones, conviene agregar a lo ya desarrollado algunas breves precisiones y aclaraciones acerca de la función que pueden cumplir –y de hecho cumplen– en la captación y explicación del fenómeno jurídico las tradiciones de pensamiento e investigación y la correspondiente hermenéutica de los textos que integran esa tradición. En otras palabras, se trata de consignar el papel que juegan los escritos vertebrales de una herencia intelectual –y su interpretación– en el esclarecimiento y comprensión de los datos aportados por la experiencia de un ámbito de la realidad. Y esta remisión a los textos de una tradición de pensamiento reviste una especial importancia, toda vez que sin un contexto de ideas y de sentido que funcione como horizonte de comprensión, los datos aportados por la experiencia quedarían mudos y, consecuentemente, no dirían nada significativo y relevante al sujeto del conocimiento experiencial.

De este modo, si se tuviera experiencia visual –por ejemplo– del paso de una vaca, pero no se supiera nada acerca de sus cualidades, de su ubicación en las diferentes clasificaciones de los entes, de los vivientes, de los mamíferos, de su valor económico, de la calidad de su carne, de su edad, del lugar en que se encuentra y así sucesivamente, sería muy poco lo que diría al observador el paso cansino de ese animal por el área de su visión. Pero todo ese contexto epistémico, económico, gastronómico, etc., necesario para alcanzar la comprensión del sentido que reviste el paso de la vaca para el observante, proviene de un cuerpo de conocimiento que él ha recibido y que se estructura en dife-

⁷⁹ Véase: MACINTYRE, A., *Tres versiones rivales de la ética*, trad. R. Rovira, Rialp, Madrid, 1992, pp. 251 y *passim*.

rentes ciencias y saberes, tradición a la que no ha contribuido prácticamente en nada y que es la que le ha hecho posible la comprensión de ese fenómeno singular. Por otra parte, esa tradición se encuentra fijada en textos, que conforman una vasta literatura y a la que es necesario acudir, interpretándola, para alcanzar adecuadamente esa comprensión del fenómeno.

Este dato incuestionable, que se presenta de un modo tan claro en un fenómeno sencillo como el que se ha traído a colación a modo de ejemplo, aparece con mucha mayor riqueza y complejidad en el caso de la experiencia de fenómenos práctico-sociales como el derecho⁸⁰. En efecto, es algo notorio que la comprensión de los fenómenos sociales que caen en el campo de nuestra experiencia depende para su comprensión, de un modo radical y dramático, de todo un contexto de saberes, mayormente recibidos a través de tradiciones de pensamiento, que funcionan como comprensiones previas a la experiencia, pero que ha hacen posible y significativa. Basta pensar en lo poco que se puede captar acerca del sentido de un hecho político, si se desconocen todos sus antecedentes, su contexto histórico, económico, social, religioso o las fuerzas políticas que juegan, los textos de las proclamas y programas, los antecedentes personales de los actuantes y los demás extremos que enmarcan al suceso y que, sólo ellos, hacen viable una comprensión del sentido del fenómeno.

Por otra parte, si la explicación y comprensión que se pretende es de nivel filosófico, es decir, universal y radical, ese intento de comprensión necesita de una remisión a ciertos textos filosóficos, que no pueden sino integrar una tradición de pensamiento e investigación, y que, una vez interpretados, servirán de marco de comprensión y explicación de los datos de la correspondiente experiencia práctica. En este punto, cabe consignar que, al hablar de interpretación o hermenéutica de ciertos textos filosóficos, se toman esas palabras, en especial “hermenéutica”, en el sentido que revisten en el contexto de lo que Grondin denomina “hermenéutica clásica” o bien “concepción clásica de la hermenéutica”. En este punto, el filósofo canadiense sostiene que, desde esa perspectiva, “sólo podemos querer interpretar una expresión para comprender su sentido, partiendo del supuesto de que quiere decir algo, que ella es expresión de un discurso interior”, agregando que esta concepción supone “la

⁸⁰ Véase: MACINTYRE, A., *Three Rival Versions of Moral Inquiry. Encyclopaedia, Genealogy and Tradition*, Notre Dame-Indiana, University of Notre Dame Press, 2006, pp. 127 ss.

prioridad de las cosas respecto de los signos, porque el conocimiento de los signos presupone necesariamente el de las cosas designadas por ellos”⁸¹.

Por su parte, Josef Pieper, uno de los más firmes defensores de la forma clásica de la hermenéutica, sostiene que “una expresión cargada de sentido (a la que corresponde, y sólo a ella en sentido estricto, la cualidad de ser interpretable) existe sí, y sólo si, una esencia espiritual se refiere actualmente mediante signos sensiblemente perceptibles a algo que es distinto de ese mismo signo, y así lo hace cognoscible a otros (...). Ese ‘algo’ distinto –continúa– distinto del signo a que se refiere la expresión con sentido, tiene que ser pensado como algo de alguna forma real; una expresión tiene sentido y es, por lo tanto algo interpretable, porque remite a la realidad”. Y concluye precisando que una de las precondiciones centrales de la comprensión interpretativa, es que “esa referencia a la realidad es algo que, por lo tanto, el intérprete tiene que tener a la vista; tiene que intentar reproducir. También se puede decir que tiene que sopesar la pretensión de verdad de la expresión que se trata de interpretar (...). Más sencillamente –concluye–: el intérprete debe ‘escuchar’ (en el sentido de atender) a la expresión que hay que interpretar y a lo que en ella se expresa”⁸².

Esto significa que en la interpretación de textos –en especial de textos filosóficos– de lo que se trata de conocer principalmente no es la estructura o la forma del texto mismo, sino la realidad a la que esos textos se remiten (o se refieren)⁸³; y de ese modo, cuando un texto filosófico perteneciente a una tradición de pensamiento explica un fenómeno, en especial un fenómeno práctico, hace posible una mejor comprensión de las sucesivas experiencias que de ese fenómeno pueden tenerse a lo largo del tiempo. Es decir que, cuando por ejemplo estudiamos las afirmaciones aristotélicas o platónicas acerca de la ciudadanía política, ellas adquieren un valor filosófico en la medida en que nos ayudan a comprender el fenómeno de la pertenencia a –y de la participación en– una comunidad política, tal como ella se presenta a la experiencia práctico-política de cada contexto de experiencia.

⁸¹ GRONDIN, J., *¿Qué es la hermenéutica?*, trad. A. Martínez Riu, Herder, Barcelona, 2008, pp. 23-25.

⁸² PIEPER, J., “¿Qué significa interpretación?”, en *Obras –III– Escritos sobre el concepto de filosofía*, Ed. B. Wald, trad. J. Hernández-Pacheco, Ediciones Encuentro, Madrid, 2000, pp. 214-223.

⁸³ Sobre los parámetros fundamentales de la doctrina de la interpretación que aquí se presupone, véase: MASSINI-CORREAS, C. I., *Objetividad jurídica e interpretación del derecho*, Porrúa-Universidad Panamericana, México, 2008, *passim*.

De este modo, los textos que integran una tradición de investigación y pensamiento, funcionan como iluminadores que arrojan luz sobre los datos de una determinada unidad de experiencia, haciéndola comprensible, es decir, develando su sentido y articulando sus elementos constitutivos. Por ello, la experiencia de las cosas prácticas sólo resulta esclarecedora en la medida en que su captación resulta mediada por los textos de una tradición que la hacen posible y valiosa. Sin esta mediación tradicional-interpretativa los meros datos de la experiencia de los fenómenos prácticos, en especial de los jurídicos, permanecerían oscuros y mudos, y sólo podrían aportar elementos primarios y opacos, insuficientes para una comprensión completa y articulada del fenómeno a estudiar⁸⁴.

Por todo ello, el análisis de la experiencia jurídica –que es la que aquí interesa– implica no sólo una encuesta de los datos del fenómeno jurídico, sino también y muy especialmente su comprensión a partir de un marco tradicional de ideas, que hace posible que la recolección de datos adquiera sentido integral y valioso. Por supuesto que este enmarcarse en una tradición de pensamiento filosófico, no significa una mera repetición de los textos –muchas veces venerables– que integran esa tradición, sino su reformulación realista desde la perspectiva de los diferentes contextos y las nuevas realidades. Pero más allá de esta necesaria renovación y concretización de los contenidos tradicionales, es manifiesto que no puede comenzarse a pensar a partir de cero⁸⁵ y que pretender una experiencia absolutamente originaria de un fenómeno –como el jurídico– significa retornar a la edad de piedra o muy probablemente antes, y los datos de la absolutamente nueva experiencia no dirán prácticamente nada con sentido e interés humano.

De aquí puede concluirse que la comprensión de un sector de la experiencia requiere necesariamente de un marco de ideas y valoraciones, que no puede ser sino heredado, al menos en parte, y que la pretensión de comenzar una línea de pensamiento filosófico a partir del cerebro de un filósofo en particular no puede conducir a nada bueno: informativo, enriquecedor y verda-

⁸⁴ No obstante, cabe recordar que la captación humana de los fenómenos a través de la experiencia supone necesariamente una mediación primaria de los principios del conocimiento, que hacen posible su estructuración primera y radical; véase *supra*.

⁸⁵ Véase: MASSINI-CORREAS, C. I., “Tradición, universalidad y dialéctica de las filosofías prácticas”, en AA.VV., *Scientia, Fides & Sapientia. Escritos dedicados a Gustavo Eloy Ponferrada*, Ed. M. E. Sacchi-G. Delgado, UCALP, La Plata-Argentina, 2002, pp. 373-385.

deramente explicativo. Es por ello que la pretensión de originalidad absoluta, en filosofía como en cualquier otro saber, sólo puede conducir a un páramo de ideas, vacío de contenido significativo y de valor explicativo. De este modo, la fórmula: datos de experiencia + tradición de pensamiento + interpretación veritativa de esos datos, es la única que puede asegurar un punto de partida relevante al pensamiento filosófico-práctico, como, en rigor, a cualquier otro tipo de pensamiento.

9. RESULTADOS PRINCIPALES

Los desarrollos efectuados hasta aquí acerca del punto de partida de la filosofía del derecho, hacen posible resumir los resultados alcanzados en tres afirmaciones principales:

a) ante todo, la necesidad de un recurso primario a la *experiencia* del fenómeno jurídico para hacer posible un ulterior desarrollo de las explicaciones y justificaciones acerca del derecho, hasta llegar a las más radicales o filosóficas. En efecto, de no mediar ese recurso sería necesario recurrir a la existencia de ideas innatas acerca de la totalidad del fenómeno jurídico, afirmación que aparece, mucho más que discutible, decididamente implausible. Además, resulta difícil imaginar otro baremo de corrección, aunque sea provisorio, de las argumentaciones filosóficas, que no remita en definitiva a la experiencia como camino de acceso originario a la realidad que se estudia. Por supuesto que esta experiencia no puede reducirse a la mera percepción sensible de datos empíricos, sino que supone la presencia de ciertos principios del conocimiento, tanto especulativo como práctico, así como de tradiciones de pensamiento e investigación que hagan posible una comprensión completa y estructurada de esos datos;

b) en segundo lugar, es preciso aceptar que, en el caso del derecho, se está en presencia de una experiencia *social, práctica y compleja*, que hace necesario un modo de abordaje múltiple y matizado, dejando de lado cualquier pretensión de una captación simple y unívoca de los datos de esa experiencia. En especial, resulta inadmisibles la pretensión de la mayoría de los positivistas de comprimir el fenómeno jurídico al de las normas escritas sancionadas positiva-

mente por el estado⁸⁶, relegando o desconociendo el resto de las dimensiones y realidades: conductuales, institucionales, valorativas, transaccionales, argumentativas, etc., que se presentan innegablemente en el ámbito jurídico. En especial, resulta necesario dejar de lado toda pretensión *reductivista* de explicar la totalidad del fenómeno jurídico desde el punto de vista único de aquél de sus elementos que aparece como verificable empíricamente y, en consecuencia, como menos problemático.

c) en tercer lugar, corresponde poner de relieve la riqueza y fecundidad de la perspectiva clásica de la *analogía* como modo de abordaje, diverso y matizado a la vez que unitario, de la integralidad de la realidad jurídica accesible por la experiencia. Esta perspectiva hace posible la comprensión estructurada y distintiva de la múltiple y variada experiencia de las realidades jurídicas, habilitando la captación del sentido total del derecho. Y esto resulta especialmente relevante en el nivel de las explicaciones filosóficas, en las que el análisis⁸⁷, es decir, la búsqueda de las causas a partir de los efectos, debe abarcar la totalidad de los datos del fenómeno, a la vez que la integralidad de las modalidades y matices de cada una de sus dimensiones.

⁸⁶ Esta afirmación acerca del punto de partida de la filosofía del derecho es compartida por autores claramente no-positivista y aún anti-positivistas; véase: BATIFFOL, H., *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, Paris, 1979, p. 1.

⁸⁷ Véase: BLANCHÉ, R., *Le raisonnement*, PUF, Paris, 1973, pp. 111.